Boletín N° 11.208-13

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Tuma y señora Muñoz, sobre protección de los derechos de los trabajadores en la era digital.

FUNDAMENTOS.

La "sociedad del conocimiento" está transformando la realidad del trabajo y estas transformaciones tensionan el ejercicio de los derechos laborales en ámbitos esenciales como la jornada laboral legal y la libertad de expresión de los trabajadores a través de las diversas plataformas, lo que demanda revisar las normativas vigentes en específico el Código del Trabajo fin de garantizar los derechos laborales fundamentales de los trabajadores, que es el propósito del presente proyecto de ley.

Junto a la era digital, han aparecido nuevas formas de trabajo-teletrabajo, crowdworking o cotrabajo, Smartwork, etc.- que están amenazando el prototipo clásico del trabajo -trabajo seguro, estable, predeterminado y de calidad-. Esto, por cierto, está impactando los derechos que protegen a los trabajadores y sus organizaciones sindicales, los cuales fueron pensados bajo los esquemas clásicos de la sociedad del trabajo.

Las funciones de trabajo están transformándose en la dirección de generar una serie de inseguridades y exigencias de movilidad y conectividad para los trabajadores. Así es cómo incluso han aparecido los "Knowmads-workers", esto es, aquellos trabajadores con una máxima movilidad para llevar el trabajo a cualquier lugar y ponerlo al servicio de cualquier empresa, sin ataduras fijas, sin vínculos estables, de forma nómada. Se trata de "Un tipo de profesional que supone la evolución - más sofisticada y completa - de casi todos los otros perfiles laborales, como autónomo, freelance, emprendedor o auto-empleado, al que se le añade unas características (como soft skills, capacidad de aprendizaje...)" (Roca, 2015).

Simultáneamente, las capacidades de control de los empleadores sobre los trabajadores se han expandido, en el sentido que los empleadores pueden recurrir a las comunicaciones de los empleados a través de las plataformas de redes sociales para monitorear su comportamiento y opiniones sobre ellos, la empresa, las condiciones laborales. Esto, sumado a otras formas de vigilancia laboral - video vigilancia, supervisión de correos institucionales y de comunicaciones móviles dentro de la empresa, entre otros - está generando un sistema de control que ha superado los límites físicos de los puestos de trabajo.

Tanto el mismo trabajo, como los sistemas de control sobre los trabajadores han superado los límites tradicionales que imponía el derecho del trabajo para proteger a los trabajadores. La jornada laboral parecía una barrera infranqueable que ahora ha sido superada por la perentoriedad para responder a los mensajes de la empresa fuera de ella. La vigilancia laboral, consubstancial a los mecanismos de control del trabajo propios de la relación laboral, se han desbordado a las esferas de libertad de expresión

y opinión de los trabajadores, añadiendo de manera ilegítima más poder a los empleadores sobre sus empleados.

Lo anterior requiere la reformulación de las garantías de los derechos de los trabajadores para confrontar estas amenazas de la era digital para la protección de derechos laborales fundamentales.

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA ERA DIGITAL

En nuestra sociedad actual, el número de comunicaciones, e-mails, mensajes electrónicos se ha vuelto astronómico. De esa manera, el trabajo se transformó en una preocupación constante, ininterrumpida, que desborda la esfera laboral e invade la esfera privada de los trabajadores. Incluso cuando los trabajadores - y no sólo en los niveles de los gerentes y ejecutivos - están con sus familias tienen dificultades para concentrarse en la actividad que vive, debido al permanente acoso de las comunicaciones de sus empleadores y jefaturas.

La necesidad de una concentración múltiple y la ausencia de un auténtico descanso impiden una auténtica recuperación de energías y favorecen los problemas de burnout de los trabajadores. A la auto-presión, se suman las exigencias de un entorno laboral cada vez más hostil al descanso, proliferando jefaturas hiperconectadas, que someten a sus subalternos a su propio ritmo, enviando e-mails y mensajes fuera de horarios de trabajo y esperando una respuesta inmediata, sin tener conciencia del impacto que esto puede tener en el destinatario y su entorno. En Alemania, la Oficina Alemana para la Seguridad y Salud en el Trabajo (BAuA) publicó en 2014 una investigación internacional que indica que en la medida que el trabajo contagia la esfera de lo privado, las personas sufren más estrés, agotamiento y disminución de su capacidad para desconectarse.

El Diario La Nación de Argentina sostiene que en Europa, 71% de los ejecutivos mira sus e-mails y otros mensajes electrónicos por la noche o durante los feriados. Y 76% estima que los instrumentos digitales tienen un impacto negativo en sus vidas personales, según la encuesta realizada por Deloitte en abril de 2015. Cerca del 62% de los trabajadores activos en Francia pedían una ley sobre la cuestión, según un estudio publicado en octubre de 2015 por La consultora Eleas, que también reveló que un 37% utiliza sus aparatos profesionales (teléfonos, tabletas, etcétera) fuera de los horarios de trabajo. Y según el sindicato Ugict-CGT, tres de cada diez personas con cargos de responsabilidad en las empresas están conectados en forma permanente[1].

En este contexto fue que se propuso en Francia la ley El Khomri. La Ley 2016/1088, de 8 de agosto de 2016, conocida también como Loi Travail, establece, entre otras medidas, que las empresas deberán implantar sistemas tecnológicos que, de alguna manera, limiten o impidan que los trabajadores accedan al área de trabajo a través de dispositivos electrónicos fuera de su jornada laboral.

De este modo, desde el año 2017 la negociación anual sobre igualdad profesional entre las mujeres y los hombres y la calidad de vida en el trabajo, que se debe realizar de forma obligatoria con los representantes de los trabajadores en las empresas que cuenten con representación sindical, deberá tratar también el asunto de la desconexión digital. La negociación debe establecer "las modalidades del pleno ejercicio por el trabajador de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales, a fin de asegurar el respeto del tiempo de descanso y de vacaciones, así como de su vida personal y familia (nuevo apartado 7° del Art. L. 2242-8 del Código de Trabajo Francés)."

En caso de no haber acuerdo, el empleador deberá elaborar una política de actuación que defina las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión. Además, se deberá prever la puesta en marcha de acciones de formación y sensibilización dirigidas al mismo sobre el uso razonable de los dispositivos digitales.

Aunque nos encontramos ante la primera ley que establece este derecho a la desconexión, hay empresas que ya habían implementado medidas de este tipo. Por ejemplo, los trabajadores de la compañía alemana Mercedes Benz, tienen la posibilidad de acogerse al sistema Mail on holiday, un pequeño programa que integrado en Outlook redirecciona los correos dirigidos a los trabajadores que se encuentran de vacaciones, a otros trabajadores que se encuentran en activo. El operador de telecomunicaciones Orange, mediante un acuerdo del pasado 27 de septiembre de 2016 pide a sus empleados que establezcan tiempos de no utilización de su mensajería electrónica, en particular durante las reuniones para facilitar la concentración.

Otra forma es restringir directamente el uso de los teléfonos móviles de empresa. Esto último es lo que ha hecho Volkswagen, que desde 2011 desconecta sus servidores informáticos entre las 18:15 horas y las 7:00 de la mañana. Así también, el fabricante de neumáticos Michelin también ha instaurado «un control de las conexiones a distancia» para sus directivos que trabajan con carácter itinerante entre las 9 de la noche y las 7 de la mañana en los días laborables, y los fines de semana desde las 9 de la noche de los viernes a las 7 de la mañana de los lunes.

En España, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social está estudiando la posibilidad de impulsar una nueva normativa que reconozca el derecho de los trabajadores a la 'desconexión digital' una vez finalice su jornada laboral. Ya existe un proyecto en el congreso de los diputados, llevado por En Comú Podem, formación catalana integrada en la coalición parlamentaria de Unidos Podemos. La formación catalana presentó en la Cámara Baja una "proposición no de ley" en la que emplazaba al Gobierno a aprobar una regulación en este sentido, previo acuerdo con los agentes sociales, con el fin de evitar que los trabajadores continúen trabajando tras finalizar su jornada y, además, garantizar la seguridad y su salud en el trabajo y el descanso necesario.

Asimismo, En Comú Podem reclamaba en esta iniciativa un plan de uso de las tecnologías de la comunicación fuera de la jornada laboral, el establecimiento de indicadores de medición de estrés laboral de los trabajadores en los estudios del Instituto Nacional de Estadística y la realización de un estudio que analice si el uso intensivo de las tecnologías de la información y de la comunicación puede llegar a provocar problemas de adicción o dependencia.

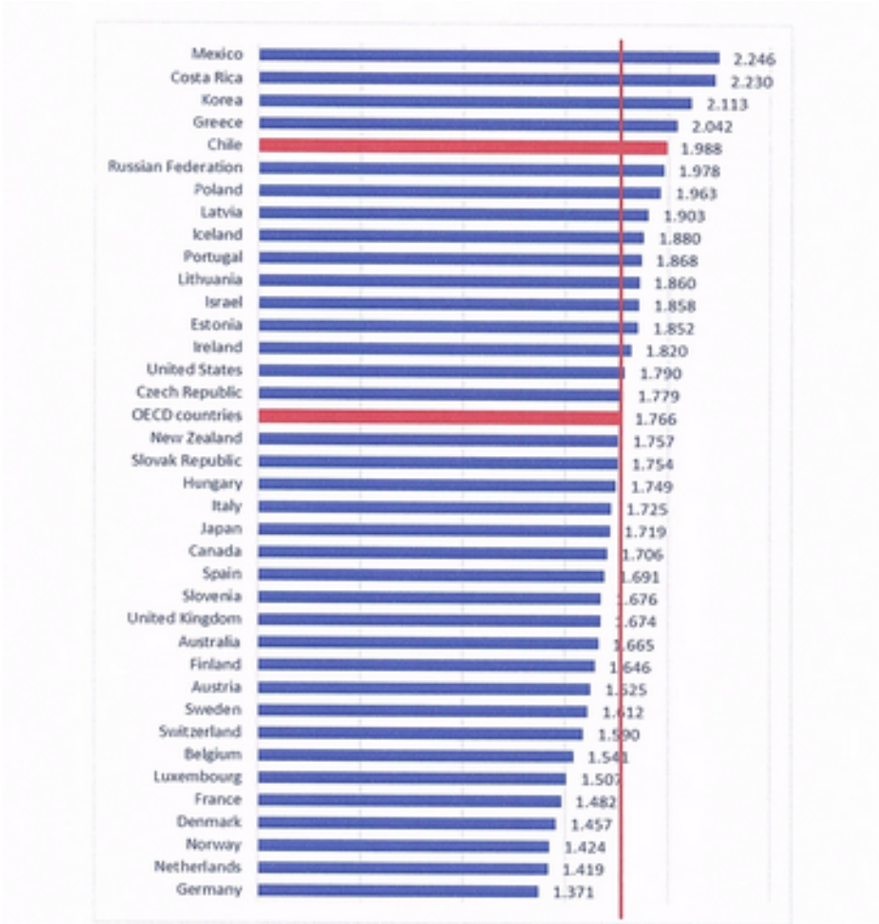
Además, el PSOE presentó una proposición de ley instando al Gobierno a "garantizar la protección de la privacidad digital en el ámbito laboral y regular la desconexión de los trabajadores fuera del horario laboral". El PSOE indica que:

"Por primera vez en la historia, la jornada laboral no termina con la salida del centro de trabajo. Hoy ya son millones los hombres y mujeres trabajadoras que ven restringido su tiempo de ocio y dificultada la conciliación laboral por la obligación de permanecer conectado permanentemente. Esa exigencia de dar pronta respuesta a los requerimientos del trabajo, por medio de dispositivos digitales y al margen de la de la jornada laboral, no está regulada ni retribuida. El salario sigue calculándose, en el mejor de los casos, siguiendo el tradicional criterio de las ocho horas laborales. En algunos países de nuestro entorno, Francia, por ejemplo, ya ha comenzado a legislarse sobre este asunto. En España, el PSOE como primera fuerza política de los trabajadores, tiene ante sí la oportunidad de abrir camino al reconocimiento de un derecho necesario en la actual era digital: el reconocimiento a vivir desconectado del trabajo." (PSOE 2017).

En Uruguay, el Senador conservador Pedro Bordaberry envío un proyecto de ley sobre el derecho del trabajador a desconectarse del trabajo fuera del horario laboral, con fecha 15 de marzo de 2017.

En relación a las horas trabajadas por año de los países OCDE, Chile es el quinto país que más horas trabaja con un total de 1.988 horas por empleado, superando en un 12,57% el promedio OCDE. Los países que lideran en el ranking son: México, con un total de 2.246 horas al año por empleado, seguido de Costa Rica, con 2.230 horas, Corea del Sur con 2.113 y Grecia con 2.042 horas (ver figura 1).

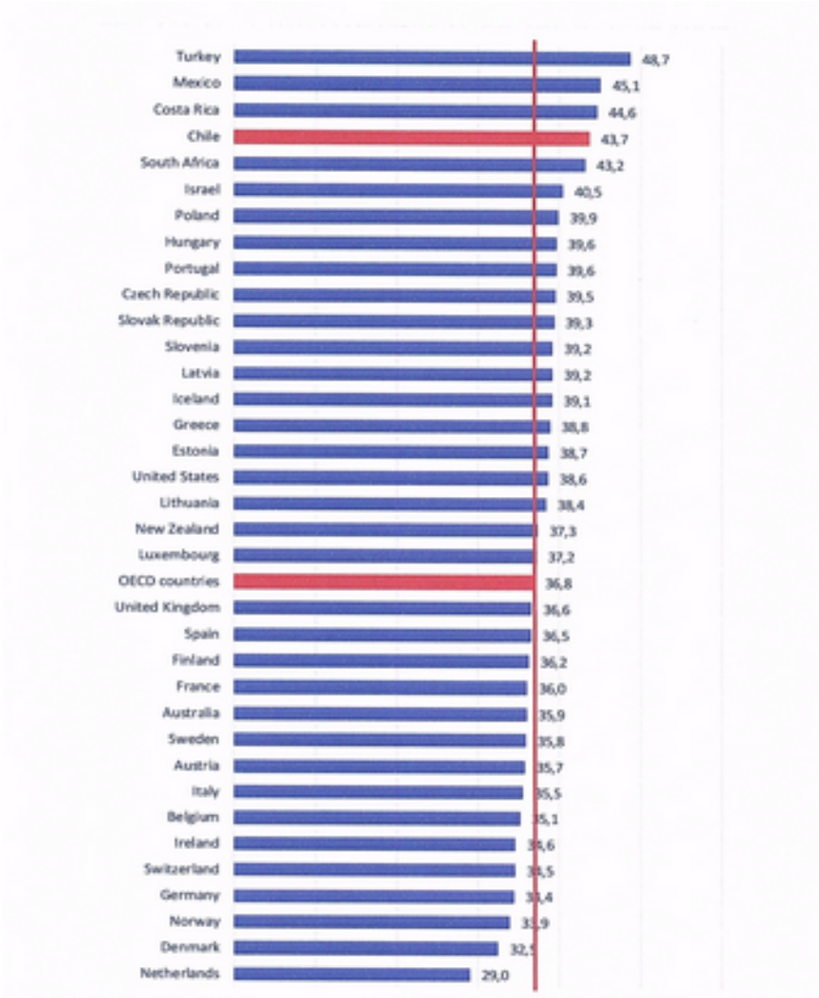
Figura 1. Ranking de horas de trabajo anuales de países del OCDE, 2015



Fuente: Elaboración propia, datos extraídos de OCDE, 2015. Disponible en: https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=AVE_HRS

En relación al promedio de horas trabajadas semanalmente, Chile se encuentra en el cuarto lugar con 43,7 horas de trabajo a la semana, supera en 6,9 horas al promedio OCDE. Los países que lideran en el ranking son: Turquía, con un promedio de 48,7 horas de trabajo a la semana por empleado, seguido de México, con 45,1 horas y Costa Rica con 44,6 horas. (Ver figura 2).

Figura 2. Promedio de horas trabajadas en la semana de países OCDE, 2015



Fuente: Elaboración propia, datos extraídos de OCDE, 2015. Disponible en: https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=AVE_HRS

Sumado a lo anterior, se ha vuelto imprescindible evitar la expansión de la jornada de trabajo mediante las comunicaciones electrónicas, para proteger el descanso efectivo de los empleaos y trabajadores considerando el nivel de conectividad móvil y digital en Chile. Los indicadores internacionales muestran a Chile en el puesto 41 de 134 países y es el segundo país en América Latina con mejor conectividad móvil y digital, luego de Uruguay (69). Lo anterior con motivo de que según el indicador, la telefonía móvil ha penetrado en el 74,98% de la población y el 95% de la población cuenta con una cobertura $3g^2$.

3. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA ERA DIGITAL

De acuerdo a Sulmer Ramírez:

"El trabajador, que se encuentra prestando un servicio subordinado con ajenidad, percibiendo una remuneración, es sujeto del ejercicio de todos sus derechos fundamentales, incluyendo la libertad de expresión, que le permite, como ya se señaló, exteriorizar sus ideas, pensamientos y opiniones sin censura, por cualquier vía y medio, sea en forma presencial o con el uso de los medios telemáticos e informáticos, lo que implica la posibilidad de publicar los contenidos que a bien tuviera de su esfera íntima o relacionados con terceros, incluyendo su empleador.

La publicación de contenidos por parte del trabajador responde a su voluntad de elección sobre lo comunicado, en principio es autónomo y absolutamente libre de comunicar bien sea en una plaza pública, en el trabajo, en su casa o en las redes sociales en Internet, por citar algunos ámbitos, sus ideas, pensamientos y opiniones, pero también es libre como ser humano para obligarse a prestar un servicio subordinado, lo que implica facultar a un tercero para que dirija, controle y supervise sus actividades." (Ramírez 2013)

Otra hipótesis de vulneración de los derechos la libertad de expresión de los trabajadores consiste en el uso de comentarios en redes sociales para perjudicarlos o despedirlos, generando situaciones de discriminación arbitraria. Según un estudio para EE.UU. de HubShout en junio de 2016, el 41,2 por ciento de los trabajadores estadounidenses dicen que creen que ser despedido por un posteo de medios sociales es una violación de los derechos de la primera enmienda - libertad de expresión.

Las redes sociales se han convertido en una valiosa herramienta de reclutamiento. De acuerdo con la empresaria de media social Natalie Zaft, un 94% de los reclutadores usaron las redes sociales para reclutar trabajadores en 2015. JobVite informa que el 52 por ciento de los reclutadores dicen que siempre buscan los perfiles en línea de los candidatos durante el proceso de contratación. Por otra parte, el 55 por ciento de los reclutadores han reconsiderado los candidatos sobre la base de sus perfiles sociales, con el 61 por ciento de las reconsideraciones negativas. Sin embargo, el escrutinio de las redes sociales no siempre se detiene una vez que se contrata a un individuo.

En Chile, Parral, en noviembre de 2013, el tribunal laboral acogió una tutela judicial por vulneración de derechos fundamentales de un grupo de profesores contra el colegio Providencia. En el caso, los profesores fueron despedidos por necesidades de la empresa, pero ellos argumentaron que la verdadera razón fueron comentarios en Facebook donde un grupo de profesores apoyó a los directivos del colegio, en tanto ellos fueron investigados y condenados por un tribunal por apropiación indebida respecto de las subvenciones estatales al colegio, dejando éste en mala situación económica. Los apoyos a los directivos del colegio, en el transcurso de la causa penal, de acuerdo a lo que señala el tribunal, conformaron un panorama indiciario que produce la sospecha que los actos y expresiones de apoyo fueron el motivo del despido, vulnerando así su libertad de expresión.

---

[1] Diario La Nación, 5 de enero de 2017. La desconexión digital, un derecho difícil de ejercer para los franceses. Disponible en: http://www.lanacion.com.ar/1973024-la-desconexion-digital-un-derecho-dificil-de-ejercer-para-los-franceses

[2] Mobile Connectivity Index. 2016. Disponible en: http://www.mobileconnectivityindex.com/

Otra situación mucho más frecuente consiste en las restricciones de la libertad de expresión on-line por considerarse ciertos comentarios difamatorios, afectando la honra de los empleadores, cuando los trabajadores critican las condiciones de trabajo, comportamientos de gerencia o políticas de la empresa.

En un caso de Talca, se protegió la libertad de expresión on line de los trabajadores, cuando estos habían sido despedidos. En la carta de despido se fundamenta éste en el conocimiento que había tomado el empleador de publicaciones del empleado en Facebook, en el grupo abierto "movimiento amplio San Rafael", donde se acusaba al empleador, la Municipalidad de San Rafael, de irregularidades en el pago de sueldos, en la administración de recursos de la ley de subvención escolar preferencial, falta a los deberes de fiscalización y control, acoso laboral severo, etc., lo que fue considerado injurioso.

El tribunal acogió parcialmente la tutela, sólo en cuanto a la vulneración a la libertad de expresión del trabajador, ponderando la libertad de expresión con la honra del empleador, al considerar que el trabajador podía expresar privada y públicamente su opinión acerca de irregularidades en la institución empleadora y acerca de la existencia de conductas de acoso laboral por parte de la representante de dicha empleadora, sin que sea necesario que aporte pruebas de ello, ya que la libertad de expresión no debe limitarse a priori y queda sujeta a las responsabilidades posteriores por las opiniones vertidas.

En una situación similar más reciente, una profesora básica de matemáticas fue despedida por falta de probidad e incumplimiento grave a las obligaciones que imponía el contrato, basándose en que un comentario suyo en Facebook había sido reñido con la moral y la lealtad debida al empleador, la sostenedora de un colegio en Maipú. El comentario se refería a la administración de un establecimiento educacional como dictatorial. El tribunal laboral, frente a una demanda de despido injustificado, decidió proteger la libertad de expresión pues no se acreditó como se había afectado la honra.

En Europa, se ha entendido que todos los empleados, sean o no sindicalistas o activistas, tienen derecho a la libertad de expresión en el lugar de trabajo, en virtud del artículo 10 de la Convención Europea. Este derecho no es incondicional. El párrafo 2 del artículo 10 establece las circunstancias en que pueden imponerse restricciones a la libertad de expresión, incluso cuando se hace con el fin de proteger la reputación y los derechos de terceros, o para impedir la divulgación de información recibida confidencialmente. Sin embargo, esa restricción debe ser "prescrita por la ley", es decir, debe haber una base jurídica para ello, y debe cumplir la prueba de ser "necesaria en una sociedad democrática". A menudo, las preocupaciones sobre la lealtad de los empleados y la protección de la reputación del empleador bastarán para justificar una acción disciplinaria, siempre que se lleve a cabo de conformidad con el contrato de trabajo. En ocasiones, sin embargo, los derechos de los empleados de comentar sobre la conducta de sus empleadores prevalecerán sobre los derechos de los empleadores a la reputación y la lealtad del personal. La corte europea consideró

recientemente un caso (Wojtas-Kaleta contra Polonia) en el que una periodista empleada por una compañía de televisión pública fue reprendida por hacer comentarios públicos en su calidad de presidenta del sindicato, criticó la decisión de la compañía de tomar dos programas de música clásica fuera del aire El tribunal decidió que la injerencia en su libertad de expresión no era "necesaria en una sociedad democrática", dado que era una periodista cuya función era difundir información e ideas, actuaba en su condición de funcionaria sindical y ella Las actividades del empleador eran de interés público.

En Estados Unidos, a medida que las empresas se adaptan a las tecnologías del siglo XXI, el National Labour Relationships Bureau (NLRB) ha buscado proteger a los trabajadores y sus derechos a la libertad de expresión. Sin las importantes protecciones y cumplimiento de la NLRB, los empleadores nunca serían responsables y los trabajadores no tendrían ningún recurso legal para los despidos injustificados sobre los tweets de los trabajadores o los posteos de Facebook.

Cuando T-Mobile USA renovó su política de redes sociales, hizo de los comentarios anónimos en sitios web de redes sociales, una ofensa que podría resultar en la terminación del contrato de trabajo. Fue el último intento de la empresa para silenciar a los trabajadores que habían estado articulando los problemas del lugar de trabajo y discutiendo unirse a los Trabajadores de Comunicaciones de América (CWA) en foros de trabajadores, Facebook y Twitter. CWA presentó una acusación de prácticas laborales injustas, afirmando que esto era una violación de la "actividad concertada protegida" de los empleados bajo la NLRA. Pero antes de que el caso fuera a juicio, T-Mobile USA acordó un acuerdo. La empresa debía informar a todos sus empleados de que podían discutir temas relacionados con el trabajo en Facebook y sitios web similares sin temor a represalias.

Más recientemente, debido a otro cargo de CWA, un juez de NLRB ordenó a DISH Network cambiar su política de medios sociales que impedía a los trabajadores hacer comentarios "despectivos o difamatorios" sobre la compañía. La política infringía los derechos de los empleados, ya que los trabajadores podían "razonablemente interpretare esta norma para que no pudieran criticar las prácticas laborales de su empleador.

En el caso Bettie Page, una tienda de ropa para mujer en San Francisco, un grupo de empleados había presentado una serie de quejas con los dueños de las tiendas sobre el comportamiento poco profesional de su gerente. Frustrado por ser ignorado, los empleados finalmente lo llevaron a Facebook. Thomas, Morris y Johnson fueron despedidos. Un juez de NLRB encontró que perdieron sus trabajos como resultado directo de su actividad de Facebook. Bettie Page había violado claramente los derechos de la "actividad concertada protegida" del trabajador bajo la NLRA, y el juez ordenó que reinstalara a los tres empleados con una compensación por cualquier pérdida de ganancias y beneficios.

En el caso Hispanics United of Buffalo, un proveedor de servicios sociales sin fines de lucro en Nueva York, Mariana Cole-Rivera comenzó un hilo de Facebook,

preguntando, "Lydia Cruz, un compañero de trabajo siente que no ayudamos a nuestros clientes lo suficiente en HUB." Sus colegas inmediatamente expresaron su apoyo. Cole-Rivera y cuatro trabajadores sociales que respondieron a ella perdieron sus trabajos. Pero el NLRB encontró que sus puestos eran el tipo de "actividad concertada" de "ayuda mutua" que está expresamente protegida por la NLRA, ya que involucraba una conversación entre compañeros de trabajo acerca de sus términos y condiciones de empleo, incluyendo su desempeño laboral y niveles de personal. El juez ordenó que los trabajadores despedidos fueran reintegrados en su trabajo con salario atrasado.

Proyecto de ley.

ARTÍCULO 1.- Introdúzcase el siguiente nuevo artículo 22 Bis en el Código del Trabajo:

"Artículo 22 Bis.- Los trabajadores tendrán el derecho a la desconexión, por el cual no estarán obligados a responder, fuera de la jornada de trabajo, comunicaciones de sus empleadores o jefaturas, proveedores, clientes o consumidores con que se relacione la empresa o establecimiento, obra o faena, cualquiera sea el medio a través del cual éstas se realicen.

El derecho consagrado en el inciso anterior, tendrá lugar también durante el período de descanso de la jornada diaria, semanal o compensatorio; mientras el trabajador este en uso de su feriado anual, utilizando los permisos a los cuales el trabajador accediere o gozando de fuero.

Con todo, los trabajadores a que se refiere el artículo 305 podrán acordar con el empleador responder, de manera excepcional, comunicaciones que estén descritas detalladamente en el respectivo contrato, vayan asociados a beneficios específicos para los trabajadores y no constituyan una renuncia absoluta al derecho o que lo limiten de manera irracional o desproporcionada."

ARTÍCULO 2.- reemplázase el numeral 2° del artículo n° 154 del código del trabajo por el siguiente:

"los descansos y el derecho a desconexión de los trabajadores fuera de la jornada de trabajo lo que implica la implementación de procedimientos, aplicativos y dispositivos que para regular el uso de las herramientas digitales con el fin de garantizar el cumplimiento de los períodos de descanso.

ARTÍCULO 3.- Introdúzcase el siguiente nuevo artículo 155 Bis en el Código del Trabajo:

"Artículo 155 Bis- Los reglamentos internos no podrán contener disposiciones que limiten de cualquier manera la libertad a emitir opinión de los trabajadores. En efecto, se tendrán por no escritas aquellas disposiciones que restrinjan el derecho de los trabajadores a expresar por cualquier medio su opinión sobre las condiciones de

trabajo, remuneraciones y beneficios para los trabajadores, clima laboral interno, prácticas del empleador en relación a las organizaciones de trabajadores y el ejercicio de sus derechos, la forma en que el empleador realiza sus actividades y sus relaciones con los consumidores, y sobre cualquier aspecto relacionado con el trabajo.

Asimismo, serán nulas, las disposiciones que restrinjan el tipo o contenido de lenguaje usado en las comunicaciones internas o en las conversaciones al interior de la empresa o establecimiento.

ARTÍCULO 4.- Introdúzcase el siguiente nuevo artículo 162 Bis en el Código del Trabajo:

"Artículo 162 Bis.- Lo favorable u odioso de las expresiones, comentarios u opiniones que los trabajadores, en ejercicio de su derecho a la libertad de opinión emitan, a través de cualquier medio de comunicación o plataforma, respecto de las condiciones de trabajo, salarios, remuneraciones, beneficios, clima laboral interno, prácticas del empleador en relación a las organizaciones de trabajadores, el ejercicio de sus derechos, y cualquier aspecto relacionado con el trabajo, jamás autorizará al empleador para invocar alguna de las causales previstas en el artículo 161.